

## **LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LOS INMIGRANTES. HACIA UNA NUEVA GENERALIZACIÓN DE LOS DERECHOS\***

*Rafael de Asís Roig*

En este trabajo, abordaré la distinción entre nacional y extranjero en lo que se refiere a los derechos de participación política. Defenderé la necesidad de alcanzar un nuevo proceso de generalización de los derechos que sustituya el paradigma de la nacionalidad por el de la residencia. Se trata de una exigencia que creo tiene que ver con el intento de hacer coherente a la Teoría de los derechos. En efecto, aunque comúnmente cuando se abordan estas cuestiones se toma como referencia crítica a la legislación, considero necesario también referirse críticamente a la Teoría de los derechos que, considero, ha asumido de forma incoherente con sus propios postulados la diferenciación entre nacionales y extranjeros.

### **1. SOBRE EL PROCESO DE GENERALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Son conocidos los cuatro grandes procesos históricos de los derechos humanos: positivación, generalización, internaciona-

---

\* Agradezco al Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid, la ayuda prestada para la elaboración de este trabajo.

lización y especificación<sup>1</sup>. En este trabajo me interesa especialmente el segundo.

El proceso de generalización en lo básico, supone la extensión de la satisfacción de los derechos a sujetos y colectivos que no los poseían y, con ello, la atención a las circunstancias concretas que rodean a los individuos.

Como es sabido, el origen histórico de los derechos está asociado a una clase social, la burguesía, y la satisfacción de los derechos no es, en ese momento, universal. Los derechos son reconocidos íntegramente a sujetos que poseen una serie de características, económicas, de género, etc... Aunque en el proceso de positivación se habla de la igualdad, no se trata de una igualdad universal.

Por otro lado, este proceso se caracterizará por el abandono de construcciones en las que prima el tono filosófico realizándose otras que buscan dar a los derechos y libertades una realización jurídica no abstracta sino concreta. La atención a la situación concreta, al contexto en el que se sitúan las demandas y necesidades de los seres humanos, es también un rasgo de este proceso, desde el que se entiende la aparición de los derechos económicos sociales y culturales.

En este sentido, hay quien ha dividido este proceso en dos: el de generalización y el de expansión. El primero haría referencia a la extensión de la titularidad de derechos a todos los individuos y se caracterizaría por la aparición de los derechos de participación. El segundo por su parte, implicaría la aparición de nuevas exigencias éticas fruto de distintas situaciones históricas y se caracterizaría por la aparición de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>2</sup>.

En definitiva, el proceso de generalización es así un intento de conectar el discurso de los derechos con la realidad. Un dis-

curso de los derechos que considera a éstos como naturales, esto es como pertenecientes a todos los seres humanos, y una realidad que circunscribía el disfrute de los mismos a una clase social determinada, representada por la burguesa. Un discurso que construía una formulación genérica, abstracta e intemporal de los derechos y una realidad en la que categorías de seres humanos no disfrutaban de esos derechos y surgen exigencias que demandan su incorporación al catálogo de los derechos. Un discurso basado en la defensa de la igualdad natural de los seres humanos y una realidad susceptible de ser descrita en términos de desigualdad.

Dentro de este proceso, las ideas de universalidad y de igualdad están presentes. En el proceso de generalización, nos encontramos con el manejo de las dos proyecciones principales de la igualdad (la diferenciación negativa y la diferenciación positiva). En efecto, una de las principales características de este proceso es la extensión de la titularidad de los derechos a ciertos sujetos o colectivos, lo que en términos de igualdad se corresponde con la diferenciación negativa y se acomoda a la exigencia de universalidad. Pero igualmente, este proceso plasmará también una idea de igualdad como diferenciación positiva. Una de las consecuencias de este proceso, se traduce en el reconocimiento de unos derechos, los derechos económicos, sociales y culturales, cuya titularidad no es universal. Tal vez los bienes sí pero no la titularidad.

A diferencia del resto de los derechos que desde el principio se predicaban de todos aquellos que son considerados como seres humanos, los derechos sociales, toman como referencia seres concretos y por lo tanto, originariamente, tratan de solucionar la situación de éstos. Es decir, si observamos la aparición histórica de estos derechos, veremos como su principal misión es la de satisfacer ciertos bienes a sujetos que no los tienen satisfechos. No es que esos bienes no sean considerados igualmente valiosos para todos, sino más bien y una vez constatado lo anterior, el Derecho a través de estos derechos pretende satisfacer dichos bienes a aquellos que no pueden o no han podido verlos satisfechos. Sin embargo, la evolución jurídica y doc-

<sup>1</sup> Vid. PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 154 y ss.

<sup>2</sup> Vid. en este sentido SQUELLA, A., *Estudios sobre derechos humanos*, Edeval, Valparaíso 1991, pp. 142 y ss.

trinal de estos derechos ha olvidado este dato y ha intentado extenderlos a todos los ciudadanos<sup>3</sup>.

## 2. SOBRE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS

Como he venido subrayando en la historia de los derechos, y concretamente en el proceso de generalización, las ideas de universalidad e igualdad han estado presentes, y en este sentido, la teoría de los derechos las ha sumido como rasgos propios de estas figuras.

Se trata de dos ideas estrechamente relacionadas y que se proyectan tanto en la dimensión ética de los derechos como en la jurídica. Dentro de la dimensión ética, la universalidad expresa la existencia de una serie de rasgos que se predicán de todo ser humano y que implica la exigencia de una consideración igualitaria de éstos. En la dimensión jurídica, la consecución de esta idea exige un trato igual no incompatible con la atención a la diferencia y, por tanto, con el trato diferente. En este sentido, la teoría de los derechos, en su proyección jurídica, condicionada siempre por la dimensión moral, se abre a la posibilidad de diferenciación positiva justificada. Y con ello, puede renunciar a la universalidad de los derechos siempre que ello no suponga renunciar a la universalidad ética. Dicho de otro modo, la teoría de los derechos en su aspecto jurídico, no exige la universalidad de los derechos, siempre y cuando se siga manteniendo el valor universal de los bienes que estos protegen. Aunque la diferenciación positiva implica dejar a un lado la universalidad, exige que las razones que la justifican sean coherentes con la universalidad ética<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Vid. al respecto, PECES-BARBA, G., «Los derechos económicos sociales y culturales: apuntes para su génesis histórica y su concepto», en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 11, Dykinson, Madrid 1999, pp. 62 y ss.

<sup>4</sup> Para el profesor PECES-BARBA, la universalidad de los derechos afecta a su dimensión moral, es decir, a una característica de las pretensiones mo-

Ahora bien, a pesar del manejo del principio de igualdad y universalidad como referente, los diferentes procesos históricos de los derechos, y entre ellos el de generalización, se desarrollan desde lo que podríamos denominar como el paradigma de la nacionalidad, en el sentido de que la construcción de la idea de los derechos, aparece siempre condicionada por la nacionalidad.

El proceso de generalización es expresión del abandono de una serie de condicionantes que limitan la atribución de derechos. En este sentido, en el ámbito de la participación se dejan a un lado exigencias que vinculaban su disfrute con la propiedad o con el sexo. Sin embargo, se mantienen otras como la nacionalidad. Y eso que he llamado como el paradigma de la nacionalidad, presente en la construcción de los derechos, hace incoherente la teoría de los derechos.

En efecto, el reconocimiento jurídico de los derechos de los no nacionales suele moverse en torno a tres ejes fundamentales. Existen derechos que poseen los no nacionales independientemente de cualquier circunstancia, derechos que poseen los no nacionales si así lo establece un Tratado o una Ley y, por último, derechos que no poseen los no nacionales (salvo contadas excepciones que obligan a diferenciar tipos de no nacionales).

Normalmente, cuando se hace referencia a la primera categoría de derechos, se habla de derechos propios de la dignidad humana, para referirse a los derechos individuales y a algunos derechos sociales. Por su parte, en la tercera categoría se incluyen los derechos que tienen que ver con la idea de soberanía, la defensa o la función pública y también, en ciertos casos, con la actividad asistencial del Estado. En este sentido, esta categoría hace referencia a los derechos políticos y a algunos derechos sociales. La segunda categoría, entonces, tendrá que refe-

rales justificadas, que puede faltar cuando nos encontremos en la dimensión jurídica. La universalidad sería pues una característica de la moralidad de los derechos. Vid. su interesante trabajo «La moralidad de los derechos humanos», en *Tiempo de Paz*, n. 29-30, 1993, pp. 10 y ss.

rirse a aquellos derechos ya sean individuales o sociales que no se muevan en las coordenadas anteriores.

Y esta tipología de derechos es asumida en ocasiones de forma acrítica por la teoría de los derechos, máxime en lo que se refiere a la tercera categoría.

En este sentido, la teoría de los derechos, cuando se proyecta en la temática propia de los derechos de los no nacionales, pone al descubierto como está cimentada por dos polos referenciales que están en la base de la construcción del Derecho moderno pero que pueden chocar con la finalidad de los derechos: el Poder y la nacionalidad.

La presencia de la idea de la nacionalidad y su proyección en los derechos, incide directamente y desmiente uno de los rasgos que tradicionalmente se utilizan para describir a éstos: la consideración de los derechos como límites al Poder. La idea de nacionalidad, salvo que se le quiera dar una dimensión cultural (aspecto éste que considero problemático y que, en resumidas cuentas otorga a la idea de cultura el mismo papel que a la del Poder), sólo tiene sentido y justificación desde la propia idea de Poder e implica, en definitiva, situar a éste por encima de los derechos.

Igualmente desmiente la exigencia de una justificación ética para todos aquellos casos que supongan una limitación a la universalidad en el ámbito jurídico. La nacionalidad no es una razón moral que justifique la diferenciación, ni negativa ni positiva.

La relevancia de la nacionalidad puede venir a través de dos tipos de discurso que aquí sólo puedo apuntar. El primero de ellos, enormemente débil desde el punto de vista de su racionalidad pero muy utilizado, relaciona la nacionalidad con la idea de compromiso en la organización y con el rechazo al «hombre aprovechado». Se trata, en todo caso de un argumento fácil de rebatir. En primer lugar porque el compromiso en la organización como condición del disfrute de los derechos parece situar al Estado por encima de éstos, lo que desvirtúa su sentido (al menos parte del sentido teórico). En segundo lugar, porque no hay una conexión lógica entre «nacional» y «compro-

metido con la organización» ni entre «nacional» y «hombre no aprovechado».

Un segundo camino que se utiliza para atribuir relevancia a la nacionalidad, relaciona esta idea con la identidad cultural. Se trata de un argumento algo más sólido por lo que me detendré brevemente en su examen. Vaya por delante que la conexión entre nacionalidad e identidad cultural me parece desatinada. Como es sabido, la adquisición de la nacionalidad puede producirse por mecanismos que poco o nada tienen que ver con una supuesta pertenencia a una cultura. Pero además, y de establecerse esa conexión, creo que la cuestión cultural ocupa un lugar secundario, no por ello irrelevante, en el discurso de los derechos. El argumento de este camino que concede relevancia a la nacionalidad apoyándose en la identidad cultural es el siguiente: el reconocimiento generalizado de los derechos a aquellos que no pertenecen a nuestra cultura puede hacer peligrar a ésta, lo que es mucho más evidente si se les reconoce la posibilidad de participar en el ámbito político. Pues bien, parece oportuno analizar brevemente la relevancia de la cultura en el ámbito de los derechos humanos. Obviamente este análisis se hará, como no podía ser de otra manera, desde una determinada manera de entender los derechos, que, por otro lado, considero que es la manera correcta.

Lamo de Espinosa se ha referido a la identidad cultural como «la ubicación propia y del otro en referencia a una cultura, la clasificación de un sujeto como perteneciente a un grupo que se supone tiene una específica cultura»<sup>5</sup>. Por su parte, la idea de cultura ha sido definida por este autor como «el conjunto de maneras de obrar, pensar o sentir específicas a un grupo humano. Se trata, pues, de repertorios de conducta, aparentemente reguladas por repertorios de normas relativamente unificadas e integradas, y sustentadas por un conjunto jerárquico de valores que supuestamente legitiman y hacen comprensibles y ra-

<sup>5</sup> LAMO DE ESPINOSA, E., «Fronteras culturales», en LAMO DE ESPINOSA, E. (ed.), *Culturas, Estados, Ciudadanos*, Alianza, Madrid 1995, p. 65.

zonables esas normas de conducta y las prácticas que a ellas responden... en última instancia, una cultura no es sino un conjunto de prácticas legitimadas y, por supuesto, institucionalizadas»<sup>6</sup>. Desde esta forma de entender la idea de cultura, ésta posee una dimensión individual, de aceptación de su existencia y de su valor y, por tanto de subjetividad que necesariamente se proyecta sobre la noción de identidad cultural. La existencia y el valor de una cultura como expresión de un conjunto de prácticas se produce siempre y cuando encontremos individuos que la asuman.

Por otro lado, si pretendemos objetivar la idea de cultura, finalmente llegaremos a una conclusión similar. Así por ejemplo, Tylor, entiende por cultura, un «todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, las leyes, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de una sociedad»<sup>7</sup>. Por su parte, W. Kymlicka, se refiere a la cultura societal afirmando que se trata de la «cultura que proporciona a sus miembros unas formas de vida significativas a través de todo el abanico de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa, recreativa y económica, abarcando las esferas pública y privada»<sup>8</sup>.

Pues bien, estas formas de entender la cultura implican que, o bien es prácticamente imposible identificar una cultura independiente a una teoría política o moral, o bien que existen numerosas culturas diferentes (incluso en un sentido extremo, tantas como decidan los individuos)<sup>9</sup>.

En todo caso, la objetivación de la cultura en el ámbito social, presente siempre que se habla de pluralismo o multicultu-

ralismo, hace que las distintas posiciones culturales desempeñen un papel similar al de una teoría de la justicia, al de una teoría ética o al de una teoría política, al igual que lo hacen las teorías de los derechos, e incluso posibilita hablar de una cultura de los derechos y situar un modelo de identidad cultural en ese ámbito (representada por la dignidad humana entendida en clave de derechos).

Y en este sentido, la atención a la cuestión cultural es una exigencia de toda teoría de los derechos que parta de la defensa de la idea de sujeto moral y quiera ser coherente con ella. De lo que se trata es de atender a las demandas de los sujetos morales.

La teoría de los derechos debe optar frente a la cuestión cultural por mantener una posición normativa, esto es una postura que implique el respeto a las diferentes culturas, a las diferentes teorías de la justicia y, en definitiva a la igual autonomía de todo ser humano (el respeto al «otro»). Y en este sentido, no tiene por qué descartar desde el principio la posibilidad de rechazar prácticas, teorías o culturas enfrentadas a los rasgos básicos de la teoría de los derechos, ni la posibilidad de justificar medidas de diferenciación positiva hacia sujetos y colectivos, derivadas de su consideración como sujetos morales (y no tanto de su pertenencia a una nación o a una cultura)<sup>10</sup>.

La argumentación culturalista es relevante para la teoría de los derechos si bien en un segundo plano. La Teoría de los derechos debe discutir sobre razones y argumentos y, más allá de estos (donde la dimensión cultural tiene cabida pero en esa forma), la cuestión cultural será sólo un añadido cuantitativo relevante pero, como ya he señalado, en un segundo plano.

La posible crítica a la teoría de los derechos como modelo que aborda la pluralidad cultural en términos asimilacionistas,

<sup>6</sup> LAMO DE ESPINOSA, E., «Fronteras culturales», cit., p. 15.

<sup>7</sup> TYLOR, E.B., *Cultura primitiva. Los orígenes de la cultura*, Ayuso, Madrid 1977, p. 19.

<sup>8</sup> KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, trad. de C. Castells, Paidós, Barcelona 1996, p. 112.

<sup>9</sup> VID. WALDRON, J., «Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative», en *University of Michigan Journal of Law*, 25/3, 1992, p. 762.

<sup>10</sup> Como ha señalado F. COLOM, el derecho de cada individuo al reconocimiento de su identidad cultural no tiene tanto que ver con el valor de la cultura a la que pertenece como con el respeto que «él nos merece en cuanto sujeto moral». *Razones de identidad. Pluralismo cultural e integración política*, Anthropos, Barcelona 1998, p. 155.

depende de los rasgos y la proyección que se le quiera dar a la propia teoría de los derechos.

La adopción de una teoría de los derechos no implica un modelo de solución precisa de cualquier conflicto en los que estos están implicados o sobre las que se proyectan. Una teoría de los derechos no sirve para encontrar las reglas concretas desde las que solucionar casos problemáticos. Las teorías de los derechos suministran una información más modesta pero de igual importancia. En efecto, una teoría de los derechos, proporciona parámetros genéricos, marcos y puntos de vista generales, opciones sobre valores e incluso jerarquías entre estos.

Los derechos deben ser considerados como un proyecto moral (además de jurídico) que constituye un marco básicamente formal a través del cual los seres humanos pueden desenvolver diferentes planes de vida en el ejercicio de su autonomía moral. Evidentemente los derechos limitan planes de vida posibles pero ello desde el respeto máximo a la autonomía individual. Desde esta idea preliminar, el marco normativo que configuran los derechos debe ser visto como un marco abierto y plural. Abierto en el sentido de presentarse como un producto histórico que puede variar, y plural en el sentido de configurar sólo los mecanismos que posibilitan diferentes elecciones<sup>11</sup>.

Se trata por tanto de una teoría dinámica, abierta y, en cierta manera, contextualizada<sup>12</sup>. Una teoría de los derechos abierta a dimensiones culturales, o si se quiere, una cultura de los derechos abierta a otras culturas. Y esto implica integrar la idea de disenso en el discurso de los derechos, con lo que en términos genéricos el respeto a la diferencia cultural no es sino la conclusión lógica del respeto a la diferencia como parte integrante de la manera correcta de entender los derechos.

<sup>11</sup> Vid. la idea de ética pública defendida por PECES-BARBA, G., *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995.

<sup>12</sup> Vid. Gray, J., *Las dos caras del liberalismo. Una interpretación de la tolerancia liberal*, trad. de M. Salomón, Piados, Barcelona 2001, p. 132.

Así, independientemente de que el punto de partida de lo que considero una teoría correcta de los derechos viene constituido por la atención al individuo como sujeto moral, y por tanto, posee una dimensión claramente liberal, esto no conlleva necesariamente el rechazo de la diferencia y la falta de atención al contexto social en el que el individuo se inserta y asume<sup>13</sup>.

En definitiva, la argumentación culturalista, como tal, esto es como un razonamiento que otorga un peso mayor a una tesis por el hecho de presentarse como derivada de una supuesta identidad cultural y no por la «calidad» de las razones que pueden esgrimirse para justificarla, no puede servir nunca para discriminar negativamente en lo referente al reconocimiento de los derechos.

No es posible, con carácter general, pensar en la nacionalidad como una característica que justifique la renuncia a la universalidad jurídica. No es una razón y este es un discurso de razones. La distinción entre nacional y extranjero encuentra una justificación muy problemática desde una teoría ética que se mueva en la idea de la generalización. En todo caso, de existir esa justificación, deberá proporcionar razones y no apelaciones a sentimientos de pertenencia o a entidades basadas en la fe. Este tipo de consideraciones sólo pueden asumirse en el ámbito de la teoría de los derechos en un segundo nivel de reflexión, y básicamente, en el ámbito de la atribución de derechos específicos y no en el de la negación de los derechos humanos básicos.

### 3. SOBRE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS

La Teoría de los derechos parte de una determinada manera de entender a los seres humanos que puede ser descrita en términos de dignidad, y que implica la presencia de una serie de

<sup>13</sup> Como ha señalado, J. GRAY, existe un planteamiento liberal, que considero el apropiado para una teoría correcta de los derechos, que atribuye im-

exigencias irrenunciables. A partir de ellas, los derechos se identifican con una parcela de la libertad social que se va dotando de contenido en la historia. Esto no significa que todas las exigencias o pretensiones tengan que plasmarse en textos jurídicos. Supone más bien la necesidad de que en la reflexión se tenga en cuenta la participación de todos. Dejando a un lado los derechos relacionados con ese mínimo de dignidad, el resto de derechos y sobre todo su concreción tiene su origen en el diálogo racional y en la adopción de sus resultados por parte del Derecho.

Pues bien, esta construcción se traduce en la exigencia de que todos los implicados participen en la tarea de dar contenido a los derechos, es decir, que todo individuo considerado como sujeto moral sea tenido en cuenta. Trasladado esto al ámbito jurídico-político, que es una dimensión imprescindible del concepto de los derechos, surge la necesidad de reconocer su participación en el proceso que conduce al reconocimiento jurídico de los derechos.

Se trata de una dimensión presente tanto en el ámbito del fundamento de los derechos cuanto en el de su concepto. Con-

---

portancia a la paz y entiende la divergencia en los modos de vida como marcas de la diversidad de la buena vida. Desde este planteamiento, los derechos deben ser concebidos «como unos artículos convenientes de paz que permiten que los individuos y comunidades con valores e intereses en conflicto acepten convivir». Mientras que la Democracia, indisolublemente unida a los derechos, debe ser concebida «como un mecanismo conveniente que permite que las diversas comunidades lleguen a decisiones comunes y cambien de gobierno sin recurrir a la violencia». GRAY, J., *Las dos caras del liberalismo*, cit., p. 123. Ahora bien, a diferencia de lo que considera J. Gray. Ahora bien, a diferencia de lo que considera J. GRAY (Vid. Gray, J., *Las dos caras del liberalismo*, cit., pp. 140 y ss.), no creo que este planteamiento sea contradictorio con el pensamiento ilustrado sino más bien me parece posible entenderlo como una de sus proyecciones. Esta teoría de los derechos de carácter mínimo y abierta a la diferencia me parece que forma parte del proyecto de la modernidad. Vid. en general HABERMAS, J., «La modernidad: un proyecto inacabado», en HABERMAS, J., *Ensayos políticos*, trad. de R. García Cotarelo, Península, Barcelona 1988, pp. 279 y ss. Vid. en contra BELVISI, F., *Società multiculturale, diritti, costituzione*, CLUEB, Bologna 2000, p. 7.

siderar que son los sujetos quienes tienen que decidir qué instrumentos destinados al logro de la libertad moral deben ser plasmados jurídicamente es una exigencia del discurso sobre los derechos.

Sin embargo, los extranjeros, por regla general y salvo casos excepcionales y en ocasiones sujetos a la reciprocidad (sobre la que luego me detendré), no tienen reconocido su derecho a intervenir en esa plasmación jurídica, y por lo tanto no pueden determinar ni su sentido ni su proyección. Puede pensarse que la asunción de la existencia de un mínimo contenido de dignidad que se traduce en derechos que todos, nacionales y extranjeros, poseen, soluciona este problema. Pero esto no es así ya que esa nota implica reconocer a todos unos mínimos generales pero no así el resto de los instrumentos. Además, incluso esos mínimos deberán ser dotados de significado o si se prefiere, interpretados, por el Derecho y por los que tienen en su ámbito reconocida la participación.

En este punto la construcción general de los derechos y su plasmación jurídica se tambalea. En la determinación de los derechos y sus contenidos no interviene todo individuo considerado como sujeto moral sino sólo los nacionales. Otra vez el requisito de la nacionalidad interviene en la atribución de derechos y en la determinación de sus sentidos.

Por otro lado, si nos planteamos la justificación que puede haber detrás de esa falta de reconocimiento de la participación de los extranjeros más allá de los argumentos vistos relativos a la identidad cultural o a la idea de compromiso, es posible que surja la exigencia de procurar la homogeneidad de intereses dentro del Estado. Ahora bien, esto supone situar estos intereses por encima de los derechos y por tanto, colocar al Estado en un plano más alto, cuando parece que las construcciones teóricas apuntan hacia otro lado. Pero es que además, no está claro que exista una uniformidad de intereses entre los nacionales.

Incluso, la admisión de la participación condicionada a la reciprocidad creo que posee también una justificación que va en esa misma línea de primar los intereses de los Estados o, en su defecto, supone alguna suerte de comercio de derechos.

El problema del no reconocimiento de la participación se proyecta también en una cuestión teórica importante: la de la legitimidad del Poder y, con ella, la de la justificación de la obediencia al Derecho. Tradicionalmente han sido dos las grandes razones que han justificado la existencia de una obligación de obediencia: el consentimiento y el contenido<sup>14</sup>. Existirían razones para obedecer al Derecho cuando se hubiese participado en su formación directa o indirectamente, así como cuando éste tuviese unos contenidos cercanos a la idea de la justicia. Esto último puede ser concretado por dos caminos. Bien por la vía de la participación, bien por la vía de la contemplación de ciertos criterios, esto es, por el reconocimiento de ciertas pretensiones.

Pues bien, si atendemos a estas razones, podremos observar como en el caso de los extranjeros no existen argumentos que apoyen una supuesta obligación moral de obedecer al Derecho. Si nos fijamos en el contenido veremos como no disfrutan de todos los derechos; si nos fijamos en el consentimiento observaremos sus restricciones.

Difícilmente, un sujeto puede considerarse como legítimo y por tanto como respetable un sistema jurídico político que dirige su vida social cotidiana, pero que le niega la posibilidad de intervenir en su composición y en sus directrices. Y el problema es aún mayor cuando las razones que parecen justificar esa negación poseen la debilidad que hemos apuntado.

Todo ello implica, no tomarse en serio la idea de dignidad humana y la universalidad, originándose una serie de círculos teóricos de los que es difícil salir. Uno de estos círculos puede ser expuesto de manera simple como sigue: (a) el no reconocimiento de los derechos a unos sujetos que viven en el territorio del Estado se apoya en el carácter diferente de estos; (b) este no reconocimiento implica que para estos sujetos el sistema jurídico político no sea legítimo; (c) la ausencia de legitimidad trae consigo que no puedan aducirse razones generales para obede-

cer el sistema jurídico político; (d) esa inexistencia de razones complica enormemente la integración de estos sujetos y perpetúa la argumentación sobre su carácter diferente.

Pero además, este no reconocimiento provoca también que los agentes políticos, salvo que estén comprometidos con la teoría de los derechos, no tengan en cuenta a los no nacionales ya que éstos no son «rentables» y, como mucho, les presten una cierta atención cuando su existencia puede afectar a aquellos ciudadanos que sí son «rentables». Y todo ello, mantiene y subraya una barrera social que separa y distingue al nacional del no nacional, y que sitúa a este último como una especie de sujeto de segunda clase.

Las teorías generales de los derechos pasan por alto en muchas ocasiones estos problemas o los solucionan desde parámetros incoherentes con las premisas de las que parten. Se refieren a un sujeto moral desde el que se fundamentan los derechos pero asumen la distinción entre nacional y extranjero. Y este problema se acrecienta si se constata, como creo de hecho ocurre, como los investigadores que analizan los derechos de los extranjeros o la inmigración en clave de derechos, se preocupan también de incorporar esas reflexiones en una teoría de los derechos de carácter general.

En efecto, al igual que a las construcciones genéricas de los derechos, esto es a las teorías de los derechos, se las puede acusar de falta de coherencia cuando abordan cuestiones como las que aquí estamos analizando, a los trabajos específicos sobre estas materias, cuando adoptan el punto de vista de los derechos, lo hacen sin pretensión de construir una teoría general en las que situar las conclusiones alcanzadas.

Me parece importante conectar ambos tipos de enfoques. Este tipo de cuestiones requieren de teorías coherentes y no sólo de datos fragmentarios, siendo conscientes también de que el alcance de éstas teorías es limitado desde un punto de vista general, siendo necesario elaborar planteamientos que se proyecten en aspectos concretos. Un esfuerzo por ambos lados se hace necesario.

Como ya he señalado, la teoría de los derechos admite la discriminación en su disfrute. Pero lo hace exigiendo argu-

<sup>14</sup> Vid. DE ASÍS, R., *Deberes y Obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, pp. 325 y ss.



mentos que no se enfrenten a sus postulados básicos. En este sentido, en lo referente a la participación que duda cabe que no sería admisible un reconocimiento universal de la misma a todo sujeto. Al igual que consideramos razonable limitar esta participación a aquellos sujetos que poseen una determinada capacidad o madurez (tema sobre el que no me puedo detener), también sería irracional pensar que todo sujeto, independientemente de donde desarrolle su vida cotidiana, debe tener reconocida su participación política en el ámbito de cualquier Estado. Sin embargo, la utilización en este punto del argumento de la nacionalidad sin ningún matiz posterior me parece que es difícilmente compatible con los valores que están detrás de los derechos.

#### **4. HACIA UNA NUEVA GENERALIZACIÓN DESDE EL PARADIGMA DE LA RESIDENCIA**

En este sentido, es necesario plantear un nuevo proceso desde un paradigma que matice el de la nacionalidad. El discurso de los derechos es un discurso sobre seres humanos y razones. Obviamente este discurso no excluye la posibilidad de establecer límites en la titularidad de los derechos, siempre que estén apoyados en razones y teniendo presente el igual valor moral de todos. En este sentido, los únicos límites razonables en línea de principio serán aquellos que tengan que ver con satisfacción de necesidades o con la equiparación de poder.

Así, lo que he llamado como la exigencia de una nueva generalización de los derechos implica:

a) Partir de la importancia de dignidad humana como rasgo que se atribuye a todo ser humano y que destaca el valor igual de la autonomía privada y pública de todos.

b) Manejar una construcción de los derechos que atienda a la dimensión histórica y contextual, y que, por tanto, tenga en cuenta la realidad social.

c) Tomarse en serio la universalidad, en la vertiente moral de los derechos y la igualdad, y así, manejar una construcción

de los derechos presidida por la igualdad como diferenciación negativa pero abierta a la diferenciación positiva siempre y cuando puedan proponerse para ello razones no incompatibles con la universalidad.

Se trata así de dar coherencia a la teoría de los derechos que exige, para la diferenciación en el disfrute de los mismos, la existencia de argumentos éticamente fundados. Una Teoría que habla del sujeto moral universal, pero que a la vez legitima la distinción de derechos entre nacionales y extranjeros. Una Teoría que dice estar presidida por la idea de igualdad, pero que es compatible con diferenciaciones no justificadas.

Desde el punto de vista nacional, o estatal, exige tener en cuenta la importancia de la participación de todos, sin que en principio deban tenerse en cuenta distinciones enfrentadas de nuevo a la Teoría de los derechos. Obviamente esto, en lo que se refiere a los derechos de participación implica abordar esta problemática no desde la nacionalidad sino desde lo que podríamos considerar como el interés.

El del interés es un criterio utilizado en la tradición jurídica para legitimar la atribución de competencias normativas a sujetos e instituciones, por lo que encuentra en esta temática una acogida natural. En efecto, cuando se plantea la cuestión de la legitimidad en el ámbito de la producción normativa, es habitual referirse a la idea del interés, en el sentido de afirmar la existencia de razones para atribuir competencia normativa a aquellos individuos o instituciones interesadas en la temática que se aborda. En razón de este criterio cobra sentido la competencia de organizaciones sindicales y empresariales e incluso, obviamente con otros argumentos añadidos, el Parlamento. E igualmente podría hablarse de los particulares en materia de contratos o en el ámbito de la iniciativa legislativa popular. También podríamos por esta vía justificar la atribución de derechos que de forma directa o indirecta tengan consecuencias en el ámbito de la producción normativa (sufragio). Y, por último, no debemos olvidar la importancia de la teoría del interés en lo que se refiere al concepto y significado de los derechos subjetivos, detrás de los cuales está la propia de los derechos.

Esta atención al interés en lo que se refiere al problema que estamos tratando implica relacionarla con la idea de participación. Y ello supone, abrir esa participación a todos aquellos que presumiblemente pueden tener un cierto interés en la organización jurídico política. Si observamos la actual situación, la regulación jurídica general de esta temática, lo que hace es negar esa posibilidad a todos los no nacionales, presumiendo por tanto que no existe ese interés. Sin embargo, es posible también argumentar que todos aquellos que residen de manera estable en el territorio de un Estado poseen «presumiblemente» ese interés.

Señalé antes que las teorías de los derechos proporcionan sobre todo puntos de vista y, en este sentido, uno de estos puntos de vista debe ser el de presumir la existencia de condiciones que faciliten el disfrute lo más generalizado posible de los derechos. Sin embargo, la regulación jurídica parece apoyarse en un razonamiento contrario.

Una teoría de los derechos coherente debe abrir el reconocimiento de la participación a los residentes, y ello implica abandonar el paradigma de la nacionalidad y sustituirlo por el de la residencia. La distinción entre residentes y no residentes si que puede tener cabida en el ámbito de la razonabilidad.

Existen ejemplos de este reconocimiento en determinados países, aunque normalmente limitado a la participación en ámbitos autonómicos o municipales (Irlanda, Suecia, Dinamarca, y recientemente Bélgica). En nuestro país, por ejemplo, esta reconocida la participación en las elecciones municipales a los residentes que posean la nacionalidad de alguno de los países de la Unión Europea. De lo que se trata es de avanzar en esa línea extendiendo esa posibilidad a todo residente.

No se me escapa que esa extensión presenta una serie de problemas y de cuestiones que hay que resolver. Algunas poseen un alcance general, como es la del mantenimiento de la idea de nacionalidad como elemento de discriminación de los derechos (la propuesta de la residencia sigue tomando como base esa idea y se proyecta en no nacionales «regulares»), la de la temporalidad (esto es, a partir de qué momento de residencia esta-

ble podemos justificar la existencia de ese «presunto» interés) o la de la proyección (esto es, en relación con qué tipo de elecciones es posible argumentar a favor de ese «presunto» interés). Otras poseen un alcance más doméstico. En relación con éstas últimas no debemos pasar por alto que, probablemente, una medida de este tipo obligaría, de alguna manera a reformar la Constitución y, en concreto, su artículo 13,2 en relación con el 23 (aunque tal vez podría llevarse a cabo a través de la reforma del Código civil).

Y tampoco quiero dejar de apuntar un efecto indirecto de este argumento que sin duda puede ser problemático y sobre el que no me puedo detener. Se trata de la débil justificación de la participación política de aquellos nacionales que residen en un país distinto al suyo en las elecciones de su propio Estado. Obviamente, esta consecuencia está sujeta a los mismos problemas anteriores. En todo caso, el problema no tiene por qué ser tratado desde los mismos parámetros ya que, en este caso lo que se está haciendo es restringir derechos.